

Exmo. Sr. Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal

A **Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB**, associação civil sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ/MF sob o nº. 34.102.228/0001-04, representativa dos interesses dos magistrados brasileiros, com sede no SCN, Quadra 2, Bloco D, Torre B, Sala 1302, Shopping Liberty Mall, Brasília-DF, CEP: 70712-903, vem, por seus advogados, respeitosamente, à presença de V.Exa, propor a presente

ação direta de inconstitucionalidade

(CF, art. 102, I, a)

com

pedido de medida cautelar

(Lei n. 9.868/99, art. 10)

em face do parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal, com a reação que lhe deu a Lei n. 13.964/2019, de 24 de dezembro de 2019 (DOU de 24/12/2019, Edição Extra), uma vez que a mesma está contaminada pelo vício da polissemia, permitindo mais de uma interpretação pelos órgãos judicantes, com violação ao devido processo legal, ao princípio da separação de poderes, com usurpação à competência da União para legislar, e com ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, nos termos e pelos fundamentos a seguir deduzidos.

I – As diversas interpretações dadas ao parágrafo único do art. 316 do CPP, que reclamam a interpretação conforme à Constituição Federal

Quando editada a Lei n. 13.964/2019, a AMB impugnou, de imediato, a criação do juiz das garantias.

Outras normas sugeriam a existência de vícios de inconstitucionalidade, mas permitiam antever solução por meio do entendimento jurisprudencial que viesse a ser firmado.

Por essa razão, pareceu mais adequado aguardar-se a atuação dos juízes e tribunais de 1º e 2º grau, assim como do Superior Tribunal de Justiça, para a fixação da melhor interpretação da lei, sem necessidade de acionamento dessa Corte, já assoberbada de feitos para julgamento.

Uma dessas normas é exatamente a do parágrafo único do art. 316 do CPP, que dispôs no sentido de que, decretada a prisão preventiva, deverá o juiz que a decretou revisar a necessidade da sua manutenção a cada 90 dias. Veja-se:

*“Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, **no correr da investigação ou do processo**, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.*

*Parágrafo único. **Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias**, mediante decisão fundamentada, de ofício, **sob pena de tornar a prisão ilegal.**”*

A primeira interpretação que se haveria de fazer em face dessa norma é a que tem sido feita pelo STJ e pelo TJSP, no sentido de que o seu alcance estaria restrito a ação penal, enquanto ela tramitasse no juízo de primeiro grau.

Afinal, se o comando contido no parágrafo único, para que fosse realizada a revisão da necessidade de manutenção da prisão preventiva a cada 90 dias, está destinado ao Juiz que “*decretou a prisão preventiva*”, esse magistrado somente poderia fazê-lo até o momento da prolação da sentença, uma vez que, após julgar a ação penal resta esgotada sua jurisdição e competência. Nesse sentido tem compreendido tanto o STJ como o TJSP:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. EXTORSÃO. ART. 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. OBRIGAÇÃO DE REVISAR, A CADA 90 (NOVENTA) DIAS, A NECESSIDADE DE SE MANTER A CUSTÓDIA CAUTELAR. TAREFA IMPOSTA APENAS AO JUIZ OU TRIBUNAL QUE DECRETAR A PRISÃO PREVENTIVA. REAVALIAÇÃO PELOS TRIBUNAIS, QUANDO EM ATUAÇÃO COMO ÓRGÃO REVISOR. INAPLICABILIDADE. ORDEM DENEGADA.

*1. **A obrigação de revisar, a cada 90 (noventa) dias, a necessidade de se manter a custódia cautelar (art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal) é imposta apenas ao juiz ou tribunal que decretar a prisão preventiva. Com efeito, a Lei nova atribui ao "órgão emissor da decisão" - em referência expressa à decisão que decreta a prisão preventiva - o dever de reavaliá-la.***

*2. **Encerrada a instrução criminal, e prolatada a sentença ou acórdão condenatórios, a impugnação à custódia cautelar - decorrente, a partir daí, de novo título judicial a justificá-la - continua sendo***

feita pelas vias ordinárias recursais, sem prejuízo do manejo da ação constitucional de habeas corpus a qualquer tempo.

3. **Pretender o intérprete da Lei nova que essa obrigação** - de revisar, de ofício, os fundamentos da prisão preventiva, no exíguo prazo de noventa dias, e em períodos sucessivos - **seja estendida por toda a cadeia recursal, impondo aos tribunais** (todos abarrotados de recursos e de habeas corpus) **tarefa desarrazoada ou, quiçá, inexecutável, sob pena de tornar a prisão preventiva "ilegal", data maxima venia, é o mesmo que permitir uma contracautela, de modo indiscriminado, impedindo o Poder Judiciário de zelar pelos interesses da persecução criminal e, em última análise, da sociedade.**

4. Esse mesmo entendimento, a propósito, foi adotado pela QUINTA TURMA deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do AgRg no HC 569.701/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, julgado em 09/06/2020, DJe 17/06/2020: "Nos termos do parágrafo único do art. 316 do CPP, a revisão, de ofício, da necessidade de manutenção da prisão cautelar, a cada 90 dias, cabe tão somente ao órgão emissor da decisão (ou seja, ao julgador que a decretou inicialmente) [...] Portanto, a norma contida no parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal não se aplica aos Tribunais de Justiça e Federais, quando em atuação como órgão revisor." 5. Na hipótese dos autos, em sessão realizada em 24 de março de 2020, o Tribunal de origem julgou as apelações (da Defesa e da Acusação) e impôs ao Réu, ora Paciente, pena mais alta, fixada em mais de 15 (quinze) anos de reclusão - o Magistrado singular havia estabelecido a pena em mais de 13 (treze) anos de reclusão.

6. No acórdão que julgou as apelações, nada foi decidido acerca da situação prisional do ora Paciente, até porque a Defesa nada requereu nesse sentido. Assim, considerando que inexistente obrigação legal imposta à Corte de origem de revisar, de ofício, a necessidade da manutenção da custódia cautelar reafirmada pelo juízo sentenciante, não há nenhuma ilegalidade a ensejar a ingerência deste Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

7. Ademais, em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de origem, vê-se que o recurso especial e o recurso extraordinário interpostos pela Defesa do Paciente foram inadmitidos em 03/07/2020; em 13/07/2020 foi interposto agravo em recurso especial e eventual juízo de retratação ainda não foi realizado. Desse modo, os autos ainda não foram encaminhados a esta Corte Superior.

8. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 589.544/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, 6ª Ta., DJe 22/09/2020)

PROCESSO PENAL. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REAVALIAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ART. 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. INAPLICABILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

(...)

2. Nos termos do parágrafo único do art. 316 do CPP, a revisão, de ofício, da necessidade de manutenção da prisão cautelar, a cada 90 dias, cabe tão somente ao órgão emissor da decisão (ou seja, ao julgador que a decretou inicialmente).

3. O caput do art. 316 do CPP, ao normatizar o tema, previamente dispõe o limite temporal da providência judicial - "no correr da investigação ou do processo".

4. Seja diante de uma interpretação sistemática do CPP, seja porque a lei "não contém palavras inúteis", **conclui-se que a aplicação dos referidos dispositivos restringe-se tão somente à fase de conhecimento da ação penal. Isto é, o reexame da necessidade da prisão cautelar, de ofício, deve ser feito desde a fase investigatória até o fim da instrução criminal, quando ainda não se tem um juízo de certeza sobre a culpa do réu** e, sendo assim, com muito mais razão, o julgador deve estar atento em conferir celeridade ao feito e em restringir a liberdade apenas de acusados que representem risco concreto à instrução criminal, à aplicação da lei penal e à ordem pública.

5. Em complementação, ressalta-se que **a observância da referida norma pelos Tribunais de Justiça e Federais, quando em atuação como órgãos revisores (grau recursal), inviabilizaria sobremaneira o trabalho das Cortes de Justiça, cuja jurisdição abrange inúmeras Varas e Comarcas em todo o país.** Outra questão de ordem prática seria a dificuldade de o Tribunal recursal se manter atualizado sobre a situação do réu, ao tempo do julgamento do pedido de reavaliação, devido ao distanciamento das Varas e Comarcas de origem, o que poderia ocasionar

uma apreciação equivocada sobre a necessidade da prisão cautelar. Por exemplo, a fuga do estabelecimento prisional - fundamento bastante para a manutenção do encarceramento provisório - poderia ser informada tardiamente ao Desembargador relator.

6. Pontue-se, também, que o sistema processual penal prevê meios de impugnação próprios a serem dirigidos aos Tribunais, nos casos de coação ilegal à liberdade de locomoção do réu. **Inclusive, nada impede que a defesa a cada 90 dias, em tempo maior ou menor, renove nas Cortes de Justiça o pedido de relaxamento da prisão cautelar por excesso de prazo.** Ou mesmo, pleiteie a revogação da prisão cautelar quando do surgimento de um fato novo, utilizando-se, dentre outros, o habeas corpus.

7. Portanto, **a norma contida no parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal não se aplica aos Tribunais de Justiça e Federais**, quando em atuação como órgão revisor.

8. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 569.701/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Ta., DJe 17/06/2020)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ARTIGO 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ? CPP. REVISÃO DE OFÍCIO DA PRISÃO CAUTELAR. PROVIDÊNCIA VOLTADA AO JUÍZO QUE DECRETOU A CUSTÓDIA, NO CURSO DA INVESTIGAÇÃO OU DO PROCESSO. REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. QUESTÃO ANALISADA EM HABEAS CORPUS ANTERIORMENTE IMPETRADO. REITERAÇÃO DE PEDIDO. IMPOSSIBILIDADE. RISCO DE CONTAMINAÇÃO PELA COVID-19. RECOMENDAÇÃO N. 62 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA . CNJ. RÉU NÃO INSERIDO NO GRUPO DE RISCO. CRIME VIOLENTO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. **A revisão de ofício da necessidade da prisão cautelar, a cada 90 dias, conforme previsão do art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal - CPP é voltada ao Juízo que decretou a custódia preventiva, providência que deve ser tomada no "curso da investigação ou do processo".** Desse modo, **não há imposição legal ao Tribunal, em sede de habeas corpus, para reexame da necessidade da prisão preventiva.** In casu, o paciente já foi pronunciado em primeiro grau, e, o Juízo de conhecimento examinou a necessidade da prisão preventiva por diversas vezes, conforme se depreende das informações prestadas e recentemente, em 10/8/2020, indeferiu o pedido afirmando que: "Observo que não houve relevante alteração fática desde os fatos que tornasse diversa a fundamentação da decisão anterior que converteu o flagrante em preventiva, estando ainda presentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar. Outrossim, diante da gravidade do crime em análise, havendo prova de materialidade e sérios indícios de autoria, mantenho a custódia cautelar como forma de garantir a futura instrução e a aplicação da lei ao final".

(...)

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 588.134/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2020, DJe 23/09/2020)

Habeas Corpus – Direito a apelar em liberdade - Alegação fundada no princípio da presunção de inocência – Sentenciado que respondeu preso à instrução criminal – Situação fática inalterada – Ausência de constrangimento ilegal - Persistência de ao menos um dos motivos autorizadores da prisão preventiva relacionados no art. 312 do CPP Verifica-se que o sentenciado permaneceu no cárcere ao longo de toda a instrução criminal, não tendo havido, até o presente momento, qualquer alteração dos motivos que teriam levado o Juízo de primeiro grau a mantê-lo custodiado. A manutenção da prisão cautelar após a prolação de sentença de primeiro grau, ademais, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência. Habeas Corpus – Ausência de reavaliação de ofício da prisão provisória a cada 90 dias por parte do Juiz de 1º Grau – Ação penal sentenciada – Inteligência do art. 316, parágrafo único, do CPP **Uma vez prolatada sentença condenatória, não mais se cogita da persistência da obrigação prevista no art. 316, parágrafo único, do CPP, seja para os Juízes de Primeiro Grau, seja para os Tribunais que porventura venham a reanalisar aquela condenação.** O caput do dispositivo em questão é expresso ao facultar ao Juiz, desde que presentes os requisitos e pressupostos para tanto, a decretação, "no correr do processo", da prisão cautelar do acusado. **A incumbência contida no**

parágrafo único, que o complementa, **deve ser, pois, interpretada em consonância com mencionado permissivo**, de tal sorte a **subsistir apenas enquanto não se esgotar sua jurisdição**. Até sentenciar o caso, deverá o Magistrado que decretou a custódia preventiva reavaliar, a cada 90 dias, quanto à necessidade de sua manutenção. Será inclusive por ocasião da sentença que ele se manifestará fundamentadamente, uma última vez, a esse respeito, por meio da concessão, ou não, do direito de o acusado recorrer em liberdade (art. 387, § 1º, do CPP). **A partir de então, a Jurisdição passa a ser exercida, na hipótese de trânsito em julgado, pelo Juízo da Execução Penal, ou, em havendo interposição de recurso, pelos Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais**. É certo que eventual custódia de acusado cuja sentença condenatória esteja ainda sujeita a recurso preserva sua natureza preventiva, eis que não se cogita ainda de efetivo cumprimento de pena nessa fase. É inegável, todavia, que, após todo o transcurso de uma instrução que culminou em sua condenação, a prisão passa a lastrar-se em um conjunto mais robusto de elementos de convicção, de tal sorte a reduzir-se, em muito, a possibilidade de subsistir uma custódia imotivada, por ser desprovida de base. Aludida constatação, associada à particularidades da dinâmica do trâmite recursal perante os Tribunais, permite concluir ser descabida a manutenção dessa exigência de revisar, de ofício, a persistência dos pressupostos da prisão preventiva após ser proferida sentença, em exíguos lapsos sucessivos de noventa dias. O controle de eventual teratologia que venha a excepcionalmente ocorrer na sentença de Primeiro Grau poderá, com efeito, ser facilmente contornado pelo instituto do habeas corpus, poupando-se o sistema de uma indesejada extensão do ônus a toda já sobrecarregada cadeia recursal, o que, na prática, inviabilizaria a tutela da sociedade nos casos nos quais a manutenção da liberdade do sentenciado poderia colocar em risco a ordem pública ou econômica, ou ainda inviabilizar a aplicação da lei penal. Entendimento diverso poderia inclusive vir a prejudicar até mesmo a instrução criminal que antecede à sentença, uma vez que as testemunhas passariam a ver-se constrangidas quanto a prestarem seus depoimentos livremente, temerosas ante a probabilidade de um acusado de reconhecida periculosidade vir a ser recolocado em liberdade de modo automático, após o transcurso do prazo de 90 dias, por mera falha burocrática na renovação da custódia.

(TJSP; Habeas Corpus Criminal 2192176-74.2020.8.26.0000; Relator: Grassi Neto; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Cubatão - 4ª Vara; Data do Julgamento: 19/09/2020; Data de Registro: 19/09/2020)

Esse entendimento, como se pode ver, parte da premissa de que a expressão “no correr da investigação ou do processo” contida no *caput* do art. 316 do CPP seria pertinente apenas ao “processo”, considerada a fase de conhecimento da ação penal, afastando-se a fase recursal, seja ordinária (apelação), seja extraordinária (recurso especial e extraordinário).

Concluiu-se, assim, que “a aplicação dos referidos dispositivos restringe-se tão somente à fase de conhecimento da ação penal. Isto é, o reexame da necessidade da prisão cautelar, de ofício, deve ser feito desde a fase investigatória até o fim da instrução criminal, quando ainda não se tem um juízo de certeza sobre a culpa do réu.”

E ressaltou-se também que “a observância da referida norma pelos Tribunais de Justiça e Federais, quando em autuação como órgãos revisores (grau recursal), inviabilizaria sobremaneira o trabalho das Cortes de Justiça, cuja jurisdição abrange inúmeras Varas e Comarcas em todo o país”

De fato, quando profere a sentença, o juiz exaure sua jurisdição e fica sem competência para dispor sobre aquela ação penal, além de, materialmente, não dispor mais dos autos para a prática do ato jurisdicional determinado na lei.

Parece óbvia a impossibilidade material de fazê-lo após a prolação da sentença e consequente remessa dos autos para a instância *ad quem*.

Ocorre que, se a lei fixou que caberá apenas ao juiz que decretou a prisão preventiva promover a sua revisão, de ofício, a cada 90 dias, esse comando obstará a imposição da mesma obrigação aos Tribunais, a não ser na hipótese em que eles estivessem atuando como instância originária.

Nem mesmo quando os Tribunais tivessem reformado sentença absolutória e imposto, junto com a condenação, a prisão preventiva, estariam os Tribunais compelidos a promover o seu reexame, de ofício, a cada 90 dias. A prisão preventiva decretada em sede de recurso por um Tribunal tem por base as demais normas pertinentes a disciplina da prisão preventiva no CPP.

Com efeito, a norma só atribuiu competência para promover a revisão da prisão preventiva, a cada 90 dias, **ao juiz que decretar a prisão preventiva “no correr da investigação ou do processo”** e não no tramite recursal.

* * *

A despeito dessa interpretação, **entendeu o Conselho da Justiça Federal**, na I Jornada de Direito e Processo Penal, realizada entre os dias 10 e 14 de agosto de 2020, **editar enunciado no sentido de atribuir ao Tribunal** no qual se encontra tramitando o feito em grau de recurso a reavaliação da prisão preventiva, a cada 90 dias, prevista no parágrafo único do art. 316 do CPP, mesmo quando a prisão tenha sido decretada pelo juiz de primeiro grau:

Cabe ao Tribunal no qual se encontra tramitando o feito em grau de recurso a reavaliação periódica da situação prisional do acusado, em atenção ao parágrafo único do art. 316 do CPP, mesmo que a ordem de prisão tenha sido decretada pelo Magistrado de primeiro grau

E o próprio STJ passou a decidir eventualmente nesse sentido, vale dizer, de determinar que o Tribunal de 2º grau proceda ao reexame da prisão preventiva a cada 90 dias. Veja-se, a título de exemplo:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. EXCESSO DE PRAZO. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. REEXAME DA NECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR PELO RELATOR DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. LEI Nº 13.964/2019. RECURSO PROVIDO, EM PARTE.

(...)

3. Por fim, a Lei nº 13.964/2019, ao introduzir o parágrafo único ao art. 316 do CPP, determinou, a cada 90 (noventa) dias, a revisão da necessidade de manutenção da prisão cautelar.

4. Agravo regimental provido, em parte, para que para que o Relator do recurso em sentido estrito, possa, nos termos da Lei nº 13.964/2019 (art. 316, parágrafo único, do CPP), examinar a necessidade de manutenção da segregação cautelar imposta ao paciente.

(AgRg no HC 573.232/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/05/2020, DJe 18/05/2020)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. PRISÃO PREVENTIVA. CONDENAÇÃO À PENA DE 23 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. APONTADO EXCESSO DE PRAZO PARA O JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO RECONHECIDO. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. AUSÊNCIA DE OFENSA. DECISÃO PROFERIDA COM OBSERVÂNCIA DO RISTJ E DO CPC. AGRAVO NÃO PROVIDO COM RECOMENDAÇÃO.

(...)

3. Mencione-se, por outro lado, que, com o fim de assegurar que a prisão não se estenda por período superior ao necessário, configurando verdadeiro cumprimento antecipado da pena, a alteração promovida pela Lei nº 13.964/19 ao art. 316 do Código Penal, estabeleceu que o magistrado revisará a cada 90 dias a necessidade da manutenção da prisão, mediante decisão fundamentada, sob pena de tornar a prisão ilegal.

4. Necessário, porém, considerar que, cumprido tal requisito, eventual constrangimento ilegal por excesso de prazo não resulta de um critério aritmético, mas de uma aferição realizada pelo julgador, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando em conta as peculiaridades do caso concreto, de modo a evitar retardo abusivo e injustificado na prestação jurisdicional.

(...)

9. Por fim, tem-se que os **autos do recurso de apelação** se encontram desde o dia 13 de janeiro do corrente ano junto a Procuradoria de Justiça do Estado, isto é, apenas aguardando parecer ministerial para ser colocado na pauta de julgamento do Tribunal.

10. Agravo regimental não provido. Restou recomendado, quando da prolação da decisão ora recorrida, a promoção de celeridade no julgamento do recurso de apelação, bem como **que o Tribunal estadual promovesse o reexame da necessidade da segregação cautelar, tendo em vista o tempo decorrido, nos termos da Lei 13.964/2019.** Recomendações que se renovam neste ato.

(AgRg no HC 558.553/PB, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2020, DJe 04/05/2020)

Assim também tem decidido monocraticamente o eminente Ministro Gilmar Mendes, como se pode ver da seguinte decisão:

DECISÃO: Trata-se de habeas corpus com pedido de medida liminar, impetrado por Victor Hugo Anuvale Rodrigues, em favor de Lucas Luis Lopes, contra decisão monocrática proferida por Ministro Relator do STJ, nos autos do HC 573.725/SP.

(...)

*A controvérsia aqui posta diz respeito à ausência de reavaliação periódica da prisão preventiva, à luz do artigo 316, parágrafo único, do CPP. Para o impetrante, a ausência da referida revisão conduz, automaticamente, à revogação da prisão do paciente, o que não me parece ter sido a ratio legis da novel previsão. O preso tem direito à revisão da necessidade da prisão preventiva a cada noventa dias e, na sua ausência, cabe ao Poder Judiciário determinar sua pronta satisfação. Penso que pretendeu o Legislativo garantir ao preso o direito de ter sua prisão regularmente analisada, a fim de se evitarem prisões processuais alongadas sem qualquer necessidade, impostas a todos os acusados/suspeitos/indiciados, mas em especial aos tecnicamente desassistidos, porquanto os afortunados requerem, com certa frequência, a revogação da prisão preventiva ou a concessão da liberdade provisória. A mim me parece que **a melhor solução para a falta de revisão da necessidade da prisão preventiva (ex officio) seja mesmo a determinação para a sua realização pelo Tribunal.***

*Ante o exposto, nego seguimento ao habeas corpus (art. 21, § 1º, RISTF), **mas determino ao o Relator da 13ª Câmara de Direito Criminal do TJ/SP que reavalie a prisão preventiva imposta ao paciente, nos termos do artigo 316, parágrafo único, do CPP.** Publique-se. Comunique-se ao TJ/SP e ao STJ*

(STF, 2ª Ta., HC n. 184.769, Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJ 8/5/2020)

Não se trata, ainda, de um entendimento uniforme, porque o mesmo Ministro Gilmar Mendes, em outro feito, no qual se tinha a informação de que o juiz de 1º grau já havia proferido a sentença de mérito e o processo estava em grau de recurso, entendeu ordenar que o próprio juiz de 1º grau -- a despeito de tal magistrado não possuir mais jurisdição e competência sobre o processo -- viesse a realizar o reexame da prisão preventiva. Veja-se a decisão proferida no HC n. 191.187:

- trecho da decisão que, inicialmente, havia indeferido o habeas corpus:

*DECISÃO: Trata-se de habeas corpus impetrado por Vinicius Adriano Cassamasimo Ramos, em favor de Anderson Batista Bicudo, contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do HC 599.157/SP. Colho da decisão impugnada: **Segundo consta dos autos, o paciente foi preso em flagrante no dia 26/9/2019, prisão posteriormente convertida em preventiva, e denunciado pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006. Processada a ação penal, sobreveio, em 10/3/2020, sentença condenando o paciente à pena de 6 anos de reclusão, em regime fechado, mantida a custódia cautelar (e-STJ fls. 230/238). Irresignada, a defesa impetrou habeas corpus na Corte estadual, alegando, em síntese, ausência dos requisitos necessários e de fundamentação concreta para a manutenção da segregação cautelar do paciente. Contudo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo denegou a ordem (e-STJ fls. 341/346). Na presente oportunidade, alega a defesa constrangimento ilegal, uma vez que "[em] prazo máximo de 10 de junho de 2020, deveria ter renovada a prisão preventiva do acusado, tornando-se em 11 de junho a prisão ilegal, passando-se assim mais de um mês que o sentenciado se encontra preso de forma ilegal"** (e-STJ fl. 4).*

- trecho da decisão em embargos de declaração:

Decido. Com efeito, o embargante suscitou violação ao artigo 316, parágrafo único, do CPP, e, sobre ela, não me manifestei. Todavia, não houve manifestação sobre a matéria no STJ, porquanto “não houve pronunciamento por parte da Corte de origem a respeito da possibilidade de aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, tampouco sobre a alegada inobservância ao art. 316 do CPP.” Analiso, no entanto, a alegação. Para o embargante, a ausência da revisão previsto no artigo 316, parágrafo único, do CPP, conduz, automaticamente, à revogação da prisão, o que não me parece ter sido a ratio legis da novel previsão. O preso tem direito à revisão da necessidade da prisão preventiva a cada noventa dias e, na sua ausência, cabe ao Poder Judiciário determinar sua pronta satisfação. A mim me parece que a melhor solução para a falta de revisão da necessidade da prisão preventiva (ex officio) seja mesmo a determinação para a sua realização pelo Tribunal. Precedentes: HCs 184.769, 187.293 e 189.948, todos de minha relatoria. Ante o exposto, acolho os embargos de declaração, sem impressão de efeito modificativo, apenas para determinar ao Juízo de primeiro grau que reavalie a prisão preventiva imposta ao paciente, se ainda não a reavaliou, nos termos do artigo 316, parágrafo único, do CPP.

Determinou-se, portanto, que o juiz de 1º grau reavaliasse a prisão preventiva, apesar de já ter sido proferida sentença de mérito e encontrar-se exaurida a competência e jurisdição daquele juiz sobre a ação penal.

A despeito dessa determinação, a tese fixada pelo Ministro Gilmar Mendes como sendo “a melhor solução para a falta de revisão da necessidade da prisão preventiva ex officio”, é a de **impor a sua realização pelo Tribunal**, em oposição à literalidade do dispositivo legal, d.v.

Esse entendimento não pode prevalecer, d.v..

É que, além de contrariar parcialmente o entendimento firmado pelas 5ª e 6ª Turmas do STJ e pelo TJSP **nos precedentes referidos** (HC n. 569.701/SP, Min. Ribeiro Dantas, HC n. 588.134/SP, Min. Joel Ilan Paciornik, HC n. 589.544/SC, Min. Laurita Vaz e HC n. 2192176-74.2020.8.26.0000, Desemb. Grassi Neto), contempla uma **interpretação que vai além do texto legal**, uma vez que a norma do parágrafo único do art. 316 do CPP somente atribuiu tal competência ao juiz que decretou a prisão preventiva e, mesmo assim, no correr da investigação e do processo.

Na prática, tal entendimento acaba por conferir um direito aos réus que a lei não previu, pois passaram a ter o direito de exigir a revisão da ordem de prisão preventiva a cada 90 durante o trâmite também dos recursos ordinário, especial e extraordinário.

É dizer: se os autos estiverem em grau de apelação, caberá ao Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal promover esse reexame a cada 90 dias.

E se os autos estiverem no STJ em grau de recurso especial e nesse STF em grau de recurso extraordinário, caberá a esses tribunais promover o reexame da prisão preventiva a cada 90 dias.

* * *

A 1ª Turma desse eg. STF, no entanto, tem ido além, para conferir interpretação no sentido de atribuir ao juiz de 1º grau a competência para realizar o reexame da prisão preventiva, mesmo não estando os autos com ele, como se pode ver do seguinte precedente:

*PRISÃO PREVENTIVA – MANUTENÇÃO – REGIME SEMIABERTO – INCOMPATIBILIDADE. A observância do regime inicial semiaberto revela-se incompatível com a negativa do direito de recorrer em liberdade, porquanto a manutenção da prisão preventiva, cujo cumprimento dá-se no fechado, resulta na imposição, de forma cautelar, de pena mais gravosa do que a estabelecida no próprio título condenatório. **PRISÃO PREVENTIVA – PRAZO – EXCESSO. Inobservado o prazo de 90 dias entre os pronunciamentos judiciais acerca da manutenção da preventiva, tem-se desrespeitado o artigo 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, surgindo configurado o excesso de prazo. PRISÃO – NATUREZA – SENTENÇA CONDENATÓRIA. Enquanto não preclusa a decisão condenatória, a prisão tem natureza preventiva – artigos 283 e 387, § 1º, do Código de Processo Penal.***
(HC 182422, Relator: Marco Aurélio, 1ª Ta., DJe-241 02-10-2020)

Se da leitura da ementa não é possível identificar a situação, o mesmo não se diga diante do exame das informações contidas no relatório e no voto, na medida em que se tem ali a informação de que o Juiz de 1º grau já havia proferido sentença, ou seja, já havia esgotado sua jurisdição:

1. O assessor Edvaldo Ramos Nobre Filho prestou as seguintes informações: **O Juízo da Vara Criminal da Comarca de Pará de Minas/MG, no processo nº 0471.18.002259-5, converteu em preventiva a prisão em flagrante do paciente, ocorrida no dia 12 de fevereiro de 2018, ante o suposto cometimento das infrações previstas nos artigos 157, § 2º, incisos I, II e V (roubo com causas de aumento alusivas ao emprego de arma, concurso de pessoas e restrição de liberdade da vítima), redação anterior à Lei nº 13.654/2018, e 288 (associação criminosa) do Código Penal. Em 13 de dezembro de 2018, condenou-o a 6 anos e 2 meses de reclusão, no regime inicial de cumprimento semiaberto, em virtude da prática dos citados delitos. Negou o direito de recorrer em liberdade, assentando persistirem os motivos que ensejaram a custódia.**

2. Chegou-se ao Superior Tribunal de Justiça com o habeas corpus nº 524.146. A Quinta Turma inadmitiu-o, mas deferiu a ordem, de ofício, para determinar a adequação da prisão cautelar ao

regime semiaberto. A impetrante aponta o excesso de prazo da custódia, a perdurar por mais de 2 anos. Assevera a insubsistência dos fundamentos da decisão que implicou a preventiva, tendo-os como abstratos. Diz ausentes os requisitos versados no artigo 312 do Código de Processo Penal. Alega a desproporcionalidade da medida, considerada a fixação do regime inicial semiaberto.

Voto:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – *Cumpra reiterar a óptica veiculada, em 18 de março de 2020, quando do implemento da medida acauteladora: (...)*

O parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.964/2019, passou a dispor sobre a duração da custódia preventiva, fixando o prazo de 90 dias, com a possibilidade de prorrogação, mediante ato fundamentado. *Apresentada motivação suficiente à manutenção da prisão, desde que levado em conta o lapso de 90 dias entre os pronunciamentos judiciais, fica afastado o constrangimento ilegal resultante do excesso de prazo, revelando-se subsistente a custódia. O paciente está preso, sem culpa formada, desde 12 de fevereiro de 2018, sendo a custódia mantida, na sentença, em 13 de dezembro posterior. Uma vez não constatada a existência de ato posterior sobre a necessidade da medida, tem-se desrespeitado o artigo 316, parágrafo único, surgindo configurado o excesso de prazo. A superveniência da sentença condenatória não afasta a natureza preventiva da prisão. Não decorrendo a custódia de título condenatório alcançado pela preclusão maior, a prisão reveste-se de natureza cautelar, conforme versado no artigo 283, cabeça, do Código de Processo Penal, com redação conferida pela Lei nº 13.964/2019. O artigo 387, § 1º, denomina, expressamente, preventiva a custódia oriunda da condenação não transitada em julgado. [...]*

Defiro a ordem, para afastar a prisão preventiva do paciente, formalizada no processo nº 0471.18.002259-5, da Vara Criminal da Comarca de Pará de Minas/MG. *Advirtam-no da necessidade de permanecer com a residência indicada ao Juízo, atendendo aos chamamentos judiciais, de informar possível transferência e de adotar a postura que se aguarda do cidadão integrado à sociedade.*

Ora, não parece jurídica e materialmente possível que o Juiz de 1º grau que decretou a prisão preventiva possa, após ter proferido sentença e encaminhado os autos para a instância superior julgar recurso interposto, vir a proceder ao reexame da prisão preventiva.

Os autos da ação penal não estão mais submetidos ao julgamento de 1º grau. Se tiver transitado em julgada a decisão condenatória, estará submetido ao Juízo da Execução Penal, nos termos do art. 66 da Lei de Execuções Penais. E, se tiver havido recurso, estará submetido ao Tribunal respectivo.

Não se pode admitir, assim, também a interpretação dada ao parágrafo único do art. 316 do CPP, no sentido de que seria atribuição do juiz que decretou a prisão preventiva, o seu reexame após estar exaurida a sua jurisdição e competência.

* * *

O exame do precedente anteriormente referido da 1ª Turma desse eg. STF (HC 182422) revela ainda o acolhimento do entendimento de que, diante da configuração do excesso de prazo de 90 dias para reexame da prisão preventiva, deve-se deferir o pedido de revogação da prisão preventiva, de forma automática, pelo simples fato de não ter havido, após a sentença, o reexame da prisão preventiva.

Realmente, nesse precedente a 1ª Turma afirmou que a consequência jurídica da não observância do prazo de 90 dias para reexame da prisão preventiva seria a revogação da prisão preventiva e não a imposição de ordem para que o juiz ou tribunal realizassem a revisão do decreto de prisão preventiva.

Tal entendimento está ressaltado em outros precedentes da 1ª Turma desse STF nos quais, a despeito de não ter sido deferido o pedido porque tinha havido o reexame, assentou-se que o prazo fatal para fazê-lo seria dentro dos 90 dias. Veja-se:

*HABEAS CORPUS – ATO INDIVIDUAL – ADEQUAÇÃO. O habeas corpus é adequado em se tratando de impugnação a ato de colegiado ou individual. PRISÃO PREVENTIVA – FURTO QUALIFICADO – PERICULOSIDADE. Ante elementos revelados mediante quebra de sigilo de dados telefônicos, a sinalizarem o envolvimento em grupo voltado a prática de furto qualificado, tem-se como justificada a prisão preventiva. **PRISÃO PREVENTIVA – PRAZO – EXCESSO – AUSÊNCIA.** Apresentada motivação suficiente à manutenção da prisão, **observado o lapso de 90 dias entre os pronunciamentos judiciais**, fica afastado constrangimento ilegal decorrente do excesso de prazo, revelando-se subsistente a custódia – parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal.*

(HC 182184, Relator: Marco Aurélio, 1ª Ta., DJe-155 22-06-2020)

*PRISÃO PREVENTIVA – FUNDAMENTOS. Decorrendo a custódia da prática do crime de integração a organização criminosa, a teor de interceptações telefônicas, tem-se dado a sinalizar a periculosidade, sendo viável a prisão preventiva. PRISÃO PREVENTIVA – PRAZO – EXCESSO – AUSÊNCIA. Apresentada motivação suficiente à manutenção da prisão, **observado o lapso de 90 dias entre os pronunciamentos judiciais**, fica afastado constrangimento ilegal decorrente do excesso de prazo, revelando-se subsistente a custódia – parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal.*

(HC 182724, Relator: Marco Aurélio, 1ª Ta., DJe-148 15-06-2020)

Ressalvando o devido respeito, cumpre à AMB afirmar a impossibilidade jurídica de ser aceita essa interpretação dada ao parágrafo único do art. 316 do CPP.

Com efeito, não apenas os demais tribunais nacionais possuem entendimento diametralmente oposto a esse, como também o eminente Ministro Gilmar Mendes, conforme demonstrado anteriormente (HC n. 184.769 e HC n. 191.187).

Em pesquisa aleatória -- sem a pretensão de ser exaustiva -- pode a AMB localizar os precedentes abaixo reproduzidos, **todos afirmando que o prazo de 90 dias não é peremptório** e que sua inobservância gera o direito de exigir o reexame da prisão preventiva e não de o réu ser posto automaticamente em liberdade:

- Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. REAVALIAÇÃO PERIÓDICA DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA A CADA 90 DIAS. ART. 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. PRAZO NÃO PEREMPTÓRIO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA EM DIFERENTE EXTENSÃO PARA QUE O JUIZ DE DIREITO CUMpra A DETERMINAÇÃO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A nova redação do art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, operada pela Lei n. 13.964/2019, determina a reavaliação periódica dos fundamentos que indicaram a necessidade da custódia cautelar a cada 90 dias.

2. Esta Corte Superior tem entendido que, "não se trata de termo peremptório, isto é, eventual atraso na execução deste ato não implica automático reconhecimento da ilegalidade da prisão, tampouco a imediata colocação do custodiado cautelar em liberdade" (AgRg no HC n. 580.323/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 15/6/2020).

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 592.026/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2020, DJe 29/09/2020)

- Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. APREENSÃO DE GRANDE QUANTIDADE DE COCAÍNA. REITERAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA JUSTIFICADA. PRAZO SUPERIOR A NOVENTA DIAS. REVISÃO NA SUA NECESSIDADE. CONCESSÃO EM PARTE DA ORDEM. 1. O paciente, tido como suposto fornecedor de cocaína, foi preso em investigação que resultou a apreensão de cerca de 400 (quatrocentos) quilos da droga, conduta que importou denúncia com outros seis agentes, com moldura fática prevista no art. 33, caput, c/c o art. 40, I e IV, da Lei 11.343/2006. 2. A prisão preventiva, em nome da garantia da ordem pública, com fundamentação adequada, tem arrimo na constatação de ação delituosa que se desenvolveu como uma estruturada união de pessoas, que resultou na apreensão de 400 (quatrocentos) quilos de cocaína, funcionando o grupo com tarefas de fornecimento, transporte, acondicionamento e distribuição, o que aconselha manter-se, si et in quantum, a sua segregação cautelar. 3. **Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias**, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal. (art. 316, parágrafo único CPP). Preceito que aconselha a concessão parcial da ordem, **para que a autoridade proceda à revisão, posto que a prisão data de 27/08/2019**. 4. Ordem de habeas corpus concedida em parte. (HC 1035322-35.2019.4.01.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, TRF1 - QUARTA TURMA, PJe 16/07/2020 PAG.)*

- Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

*Habeas corpus – Prisão preventiva – Art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal – **Revisão da necessidade da custódia cautelar a cada 90 dias – Prazo que não é absoluto – Precedentes jurisprudenciais – Constrangimento ilegal – Não caracterização – Ordem denegada.** (TJSP; Habeas Corpus Criminal 2120584-67.2020.8.26.0000; Relator (a): Alexandre Almeida; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Ibiúna - 2ª Vara; Data do Julgamento: 15/09/2020; Data de Registro: 15/09/2020)*

*HABEAS CORPUS. Furto qualificado e associação criminosa. Revogação da prisão preventiva por ausência dos requisitos legais. Mera reiteração. Não conhecimento. **Alegação de ilegalidade da prisão por ausência de revisão periódica dentro do prazo previsto no art. 316, parágrafo único do CPP. Inadmissibilidade. Prazo não peremptório e nem mesmo improrrogável. Inobservância de exatos 90 dias para a revisão periódica da custódia cautelar que não acarreta a soltura automática dos pacientes sem a necessária ponderação. Necessidade de observância do princípio da razoabilidade, muito mais quando se apura a prática de delitos graves, envolvendo, em tese, atuação de quadrilha especializada e bem estruturada para a prática de em furto de combustíveis, bem como implicando em grande prejuízo à vítima, sem falar no risco potencial à sociedade, com possibilidade de explosão, vazamento de óleo, queimadas. Constrangimento ilegal não caracterizado. Writ conhecido em parte, com denegação da ordem na parte conhecida.** (TJSP; Habeas Corpus Criminal 2175201-74.2020.8.26.0000; Relator (a): Sérgio Coelho; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Santa Rita do Passa Quatro - 2ª Vara; Data do Julgamento: 26/08/2020; Data de Registro: 26/08/2020)*

- Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

*HABEAS CORPUS. FEMINICÍDIO. REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. ARGUMENTOS JÁ ANALISADOS EM WRIT ANTERIOR. REVISÃO DA NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR. LEI 13.694/2019. PRAZO DE 90 DIAS. NÃO PEREMPTÓRIO. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. RÉU PRONUNCIADO. SÚMULA 21 STJ. ORDEM PARCIALMENTE ADMITIDA E, NESTA PARTE, DENEGADA. 1. Há decisões monocráticas das Cortes Superiores no sentido de que o prazo de 90 dias para a revisão da necessidade da prisão cautelar, previsto no parágrafo único, do artigo 316, do CPP (com redação dada pela Lei 13.694/2019), não é peremptório (STF, HC 184.137, Rel. Min. Edson Fachin, em 8-maio-2020; e STJ, HC 584.992, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, em 22-junho-2020). 2. **Considerando-se que o prazo do artigo 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal não é peremptório e sua inobservância não gera ilegalidade da prisão cautelar**, a nova apreciação da necessidade da prisão, nesta segunda instância, está condicionada ao prévio pronunciamento da autoridade judiciária, nos moldes do citado dispositivo processual penal, sob pena de supressão de instância. 3. O excesso de prazo somente se configura quando há omissão do juízo, que, podendo dar prosseguimento ao processo, deixa escoar o tempo sem motivo justificado, estendendo em demasia o período necessário para os atos judiciais, o que não se verifica no caso. 4. Ordem parcialmente admitida e, nesta extensão, denegada. (Acórdão 1286441, 07418797620208070000, Relator: Silvano Barbosa dos Santos, 2ª Turma Criminal, PJe: 5/10/2020)*

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO PREVENTIVA. REVISÃO DO DECRETO PREVENTIVO. ARTIGO 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. 1. **O mero decurso do prazo de 90 (noventa) dias, previsto no novel parágrafo único do art. 316, do CP, não implica em revogação automática da prisão preventiva, se ainda presentes os motivos que a ensejaram. Precedente do STJ.** 2. **O prazo para a formação da***

culpa não se submete a critérios aritméticos rígidos, tendo como cetro o princípio da razoável duração do processo, a ser aquilatado consoante as circunstâncias do caso concreto, devendo-se levar em conta, atualmente, a pandemia de COVID-19 que assola a humanidade. 3. Na espécie, os prazos processuais não se mostram injustificados, tampouco há evidência de desídia do juízo na condução do processo, cuja tramitação se mostra regular. 4. Ordem parcialmente conhecida e, na parte conhecida, denegada.

(Acórdão 1282753, 07371041820208070000, Relator Jesuino Rissato, 3ª Ta Crim, PJe: 22/9/2020)

- Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

EMENTA: HABEAS CORPUS - ROUBO - AUSÊNCIA DE REVISÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DEPOIS DE DECORRIDO O PRAZO DE 90 (NOVENTA) DIAS - ARTIGO 316, §ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - MERA IRREGULARIDADE - COMPETÊNCIA DO MAGISTRADO EMISSOR DA DECISÃO - AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - ORDEM DENEGADA.

- **A superação do prazo legal de revisão judicial da prisão preventiva previsto no artigo 316, §único, do Código de Processo Penal, não configura ilegalidade suscetível de relaxamento da prisão, mas sim, mera irregularidade**, devendo a questão ser analisada, ainda, **à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade** e levando-se em conta as peculiaridades do caso concreto.

- **Cabe ao órgão emissor da decisão reavaliar a necessidade de manutenção da medida a cada após o decurso do prazo de 90 (noventa) dias, sob pena de supressão de instância.**

(TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.20.452980-4/000, Relator: Des. Maurício Pinto Ferreira, 8ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 06/08/2020, publicação da súmula em 06/08/2020)

EMENTA: HABEAS CORPUS - HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO, AMEAÇA, DANO QUALIFICADO, FURTO QUALIFICADO E ROUBO- AUSÊNCIA DE REVISÃO JUDICIAL DA PRISÃO PREVENTIVA NO PRAZO DE 90 DIAS - MERA IRREGULARIDADE - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. Sempre que os autos do processo estiverem na segunda instância para recurso, cabe ao Relator o dever de reavaliar a necessidade de manutenção da prisão preventiva a cada noventa dias, nos termos do artigo 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal. O dever de revisar a preventiva a cada 90 dias, nos termos do art. 316, parágrafo único, do CPP, deve ser contado a partir de 23/01/2020, data em que a Lei 13.964/2019 entrou em vigor, e não da data em que o paciente foi efetivamente preso. **A superação do prazo legal de revisão judicial da preventiva não configura ilegalidade suscetível de relaxamento da prisão, mas sim, mera irregularidade.** Enunciado nº 35 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM). V.v. O simples decurso do prazo de 90 (noventa) dias, previsto no art. 316, parágrafo único, do CPP, para revisão da necessidade de manutenção da segregação preventiva, não torna automaticamente ilegal a prisão, constituindo mera irregularidade sua inobservância, incapaz de viciar a custódia cautelar.

Contudo, faz-se necessário sanar a omissão, o que compete ao magistrado a quo

(TJMG HCCrim 1.0000.20.449297-9/000, Des. Alberto Deodato Neto, Relator para o acórdão: Des. Flávio Leite, 1ª CÂMARA CRIMINAL, publicação da súmula em 06/08/2020)

- Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

Ementa: HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE PRIMÁRIO, CAPTURADO NA POSSE, EM TESE, DE 30 GRAMAS DE COCAÍNA. PRISÃO PREVENTIVA. Inicialmente, verifico que a legalidade/necessidade da manutenção da constrição provisória do paciente, bem como a possibilidade de revogação da prisão preventiva diante da pandemia do COVID-19, já foram objeto de deliberação, no dia 18 de maio do corrente ano, quando do

juízo julgamento do habeas corpus nº 70084129659, ocasião em que a ordem foi denegada, à unanimidade. **INOBSERVÂNCIA DO TEOR DO DISPOSTO NO ARTIGO 316 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ILEGALIDADE.** Considerando que o juízo originário reanalisou a necessidade de manutenção da constrição cautelar do paciente, em 18/08/2020, não há falar em ilegalidade a ser sanada. Aliás, **destaco que mesmo acaso ultrapassado o prazo depurador de 90 dias sem deliberação a respeito, tal fato, por si só, não ensejaria a revogação da prisão cautelar do paciente. Precedentes do STJ. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO. IRRELEVÂNCIA.** A possibilidade de aplicação de regime diverso do fechado não impede a decretação da prisão preventiva, que tem fundamento cautelar, ausente relação com o cumprimento de eventual pena. No presente momento processual, reputo incabível a análise e/ou deliberação acerca de eventual pena a ser imposta ao paciente, em caso de condenação. WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, ORDEM DENEGADA.

(HCCriminal, 70084455260, Ta Câm. Criminal, TJRS, Rel: Patrícia Fraga Martins, Julg. 1/10/2020)

Ementa: HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE REVISÃO DA SEGREGAÇÃO. ART. 316, PARÁGRFO ÚNICO, CPP. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE HIPÓTESE DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. A revisão da necessidade da manutenção da medida cautelar a cada 90 dias, nos moldes do parágrafo único do art. 316 do CPP, **deve ser analisada em conformidade com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.** Desse modo, **o transcurso do prazo nonagesimal sem a devida reapreciação pelo Juízo ou a reanálise da necessidade da medida sem aprofundamento acerca do caso concreto, por si só, não tem o condão de tornar a prisão ilegal.** Na hipótese, a autoridade coatora corretamente justificou a necessidade de imposição da prisão preventiva e a manteve em razão da gravidade concreta do delito e do risco de reiteração delitiva, bem como diante da inexistência de fato novo a justificar a revogação da medida. Ordem denegada.

(HCCrim 70084451293, 8ª Câm. Criminal, TJRS, Relator: Dálvio Leite D. Teixeira, Julg.30/9/2020)

Não parece, portanto, juridicamente possível, admitir-se como válida a interpretação dada ao parágrafo único do art. 316 do CPP, no sentido de que o vencimento do prazo de 90 dias para o juiz promover a revisão da prisão preventiva seria peremptório e constituiria causa para a sua revogação.

Esse o quadro sobre o entendimento jurisprudencial gerado pelo parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal que está sendo impugnado na presente ação direta de inconstitucionalidade.

Por mais que a jurisprudência tenha indicado como solução o entendimento de que (a) a norma teria alcance restrito ao juiz de 1º grau e, mesmo assim, apenas enquanto o processo estivesse em 1º grau, (b) e que o prazo de 90 dias para realizar-se a revisão da prisão preventiva, não configuraria um prazo peremptório, pois demandaria a observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, caso a caso, **tais entendimentos não estão sendo observados, como deveriam ser, havendo divergência pontual em decisões monocráticas e colegiadas até no âmbito desse eg. Supremo Tribunal Federal.**

Com efeito, não há uniformidade de entendimento no âmbito dos Tribunais.

A polissemia de interpretação sobre a norma é manifesta.

De fato, há decisões que observam a literalidade do texto da lei, e, por isso, impõem a revisão da prisão preventiva ao Juiz de 1º grau, e apenas a ele, afastando tal obrigação na fase recursal ordinária, especial e extraordinária.

Há decisões que vão além do texto da lei e impõem ao juiz de 1º grau a obrigação de realizar o reexame da prisão preventiva, ainda que a ação penal não esteja mais sob sua jurisdição, após ter proferido sentença e exaurido sua competência.

Há decisões, igualmente, que fixam a competência para o Tribunal de segundo grau, quando a ação penal já está em grau de apelação.

Há o entendimento do CJF, contido no enunciado n. 19 da I jornada de direito processual penal, atribuindo a competência para o Tribunal no qual estiver a ação penal em curso, vale dizer, em algum TJ, TRF ou mesmo no STJ ou nesse STF para promover a revisão da prisão preventiva a cada 90 dias, quando o feito estiver submetido a competência desses tribunais.

E na parte que toca ao direito decorrente do exaurimento do prazo de 90 dias da prisão preventiva, sem que tenha sido feita a revisão, é possível identificar dois entendimentos: (a) o de que dar-se-ia automaticamente o direito à revogação da preventiva e (b) o de que dar-se-ia apenas o direito à revisão da prisão preventiva.

* * *

Conforme assentado na jurisprudência dessa Corte, havendo mais de uma interpretação possível e apenas uma delas se mostrando compatível com a Constituição, impõe-se a declaração de nulidade das demais, para o fim de afastar as interpretações inconstitucionais e fazer prevalecer a interpretação constitucional, mediante o processo de interpretação conforme à constituição:

*EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 11.373/00 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ENVIO SIMULTÂNEO, AOS INFRATORES, DE MULTA E FOTO DO MOMENTO DA INFRAÇÃO. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. 1. Os Estados-membros detêm competência para a edição de leis sobre procedimentos administrativos. 2. **É inconstitucional a interpretação que obriga a instalação do sistema fotossensor em todo o território estadual.** 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado parcialmente procedente. (ADI 2816, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 09/03/2005, DJ 24-02-2006)*

*EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de medida liminar. Par. 1. do artigo 71 da Lei Complementar n. 46, de 31 de janeiro de 1994, do artigo 2. da Lei Complementar n. 48, de 19 de abril de 1994, e artigo 1. da Lei Complementar n. 50, de 18 de julho de 1994, todas do Estado do Espírito Santo. - Vantagens pessoais excluídas do teto de remuneração. Plausibilidade jurídica do pedido de liminar com relação as vantagens que as normas impugnadas excluem do teto de remuneração e que não são vantagens de caráter individual, por serem correspondentes ao exercício do cargo ou função, independentemente de quem seja o titular ou do que anteriormente ele tenha sido. No caso, são elas: as gratificações pelo exercício de função gratificada, pelo exercício de cargo em comissão, de produtividade e de representação. - Impossibilidade, na espécie, de se dar interpretação conforme a Constituição, **pois essa técnica só e utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as varias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna**, e não quando o sentido da norma é unívoco, como sucede no caso presente. - Quando, pela redação do texto no qual se inclui a parte da norma que é atacada como inconstitucional, não é possível suprimir dele qualquer expressão para alcançar essa parte, impõe-se a utilização da técnica de concessão da liminar "para a suspensão da eficácia parcial do texto impugnado sem a redução de sua expressão literal", técnica essa que se inspira na razão de ser da declaração de inconstitucionalidade "sem redução do texto" em decorrência de este permitir "interpretação conforme a Constituição". - Ocorrência, no caso, quer do "periculum in mora", quer da conveniência da suspensão requerida. Pedido de cautelar que se defere, em parte, para (...). (ADI 1344 MC, Relator(a): Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/1995, DJ 19-04-1996)*

As diversas interpretações conferidas ao parágrafo único do art. 316 do CPP constituem a prova manifesta e cabal de que o texto legal não contém um sentido único, razão pela qual somente uma interpretação haverá de subsistir,

Para a AMB não há como negar que apenas aquela interpretação que foi sufragada pelo STJ e pelo TJSP nos precedentes indicados (HC n. 569.701/SP, Min. Ribeiro Dantas, HC n. 588.134/SP, Min. Joel Ilan Paciornik, HC n. 589.544/SC, Min. Laurita Vaz e HC n. 2192176-74.2020.8.26.0000, Desemb. Grassi Neto), se ajusta aos princípios constitucionais da separação de poderes, dada a impossibilidade de o poder judiciário atuar como legislador positivo e de incidir na usurpação da competência da União para legislar sobre direito processual penal, assim como o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

II – É vedado ao poder judiciário atuar como legislador positivo, sob pena de ofender o princípio da separação de poderes e usurpar a competência da União para legislar. Interpretação inconstitucional do parágrafo único do parágrafo único do art. 316 do CPP para impor aos Tribunais a obrigação de revisar a prisão preventiva a cada 90 dias

Conforme ressaltado anteriormente o STJ, em acórdão da lavra do Ministro Ribeiro Dantas (HC n. 569.701), assentou que “*a lei "não contém palavras inúteis", conclui-se que a aplicação dos referidos dispositivos restringe-se tão somente à fase de conhecimento da ação penal.*”

E concluiu: “*Isto é, o reexame da necessidade da prisão cautelar, de ofício, deve ser feito desde a fase investigatória até o fim da instrução criminal, quando ainda não se tem um juízo de certeza sobre a culpa do réu.*”

A própria lei limitou, no tempo, a obrigação pertinente ao reexame da prisão preventiva, ao afirmar que essa revisão caberia apenas ao juiz que a decretou e apenas a ele, juiz. **Não atribuiu tal ônus aos Tribunais. Esses possuem a faculdade de rever a prisão preventiva, de ofício ou a pedido.**

Ocorre que, conforme demonstrado no capítulo antecedente, há decisões e até enunciado do Conselho da Justiça Federal afirmando a existência dessa competência para os Tribunais, competência essa que a lei não previu, a não ser na hipótese em que atua como juízo processante da ação penal (ações originárias).

Ora, se a norma legal atribuiu exclusivamente ao juiz que decretou a prisão preventiva, na fase de instrução e de processamento da ação penal (fase de conhecimento da ação penal) a obrigação de fazer a revisão desse ato jurisdicional de 90 em 90 dias, dúvida não poderia haver a respeito da inconstitucionalidade da interpretação que atribui a prática desse mesmo ato a outro juízo (aos Tribunais em grau recursal), porque configura a hipótese de atuação do poder judiciário como legislador positivo.

A competência que o legislador conferiu a todos os órgãos de jurisdição, **inclusive aos Tribunais**, pertinente à decretação e revisão da prisão preventiva, **é apenas a facultativa** de impor e de rever a prisão preventiva, de ofício ou a pedido, contida no capítulo III do Título IX do CPP.

Dir-se-á, em oposição ao entendimento já acolhido pelo STJ e pelo TJSP, que as normas contidas no art. 316 e seu parágrafo único haveriam de ter aplicação no curso de todo o processo penal, alcançando também a fase recursal ordinária, especial e extraordinária, porque os demais dispositivos contidos no capítulo III (Da Prisão Preventiva) também fazem referência apenas a juiz e não a tribunais e, mesmo assim, tem-se a aplicação de todos os artigos também na fase recursal.

A diferença, bem apontada nos precedentes do STJ e do TJSP, decorre da vinculação feita pelo legislador na regra do parágrafo único entre (a) o órgão emissor da decisão que decretou a prisão preventiva e (b) a obrigação de revê-la a cada 90 dias.

Como a lei é voltada para o ordinário e não para o extraordinário, a interpretação correta haveria de ser a de que o parágrafo único está voltado, sim, apenas e exclusivamente ao juiz que atua na fase da instrução e processamento da ação penal e não na fase recursal.

Para a fase recursal resta a faculdade de ser realizada a revisão, de ofício ou a pedido, conforme previsto no caput do art. 316 do CPP:

*“Art. 316. **O juiz poderá**, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, **no correr da investigação ou do processo**, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.*

A obrigação contida no parágrafo único, de rever, de ofício, a cada 90 dias, a prisão preventiva, há de subsistir exclusivamente para o juiz que, no curso da investigação e do processo da ação penal -- fase de conhecimento -- tiver decretado a prisão preventiva.

Então, se o legislador afirmou que os Tribunais possuem a **faculdade** de rever a prisão preventiva **não pode o intérprete afirmar que eles estão obrigados a fazer a revisão** da prisão preventiva, submetendo-os à hipótese do parágrafo único do art. 316 do CPP.

No ponto, a interpretação referida **viola o princípio da separação de poderes** (CF, art. 2º), assim como **usurpa a competência da União para legislar sobre direito processual penal** (CF, art. 22, I).

Essa Corte tem jurisprudência firme no sentido quanto a impossibilidade de a interpretação da lei pelo Poder Judiciário fazer com que ele atue como legislador positivo, porque estará desrespeitando o princípio da separação dos poderes:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA SOBRE PROVENTOS DE APOSENTADORIA OU REFORMA. REQUISITOS LEGAIS CUMULATIVOS E RAZOÁVEIS. IMPOSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DA ISENÇÃO POR DECISÃO JUDICIAL. RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DE PODERES E LEGALIDADE ESTRITA (ARTS. 2º E 150, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO). CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 6º DA LEI 7.713/1988. IMPROCEDÊNCIA. 1. A concessão de isenção tributária configura ato discricionário do ente federativo competente para a instituição do tributo e deve estrito respeito ao princípio da reserva legal (art. 150, § 6º, da Constituição Federal). 2. A legislação optou por critérios cumulativos absolutamente razoáveis à concessão do benefício tributário, quais sejam, inatividade e enfermidade grave, ainda que contraída após a aposentadoria ou reforma. Respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), aos valores sociais do trabalho (art. 1º, IV, da CF) e ao princípio da igualdade (art. 5º, caput, da CF). 3. **Impossibilidade de atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, ampliando a incidência** da concessão de benefício tributário, de modo a incluir contribuintes não expressamente abrangidos pela legislação pertinente. **Respeito à Separação de Poderes. Precedentes.** 4. Os **poderes de Estado devem atuar de maneira harmônica**, privilegiando a cooperação e a lealdade institucional e afastando as práticas de guerrilhas institucionais, que acabam minando a coesão governamental e a confiança popular na condução dos negócios públicos pelos agentes políticos. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

(ADI 6025, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 25-06-2020 PUBLIC 26-06-2020)

Haverá essa Corte de julgar procedente o pedido, para o fim de conferir interpretação conforme à Constituição, restringindo a aplicação do parágrafo único do art. 316 do CPP à fase de investigação e de processamento da ação penal, considerada a fase de conhecimento e excluída a fase recursal.

III – A lei não pode atribuir a juiz que já exauriu sua jurisdição e não possui competência funcional (hierárquica) obrigação de rever os atos que já estão sob a jurisdição do Tribunal (a obrigação de rever a prisão preventiva a cada 90 dias), sob pena de violação ao devido processo legal

A norma contida no parágrafo único do art. 316 do CPP estabeleceu, como dito anteriormente, uma obrigação ao juiz que decretou a prisão preventiva, qual seja, a de rever a necessidade de sua manutenção a cada 90 dias:

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.”

No capítulo antecedente demonstrou a AMB que a correta interpretação desse dispositivo restringe essa obrigação à fase de instrução e de processamento da ação penal (fase de conhecimento).

Com efeito, depois de proferida a sentença resta exaurida a jurisdição do juiz criminal. Se a decisão condenatória transitar em julgado o feito passa para a competência do Juiz da Execução Penal, nos termos do art. 66 da Lei de Execuções Penais. Se houver recurso, o processo passa a estar submetido a competência do Tribunal de segundo grau.

O que se pode depreender, então, é que o parágrafo único do artigo 316 do CPP **jamais poderia permitir a interpretação** no sentido de que o juiz que decretou a prisão preventiva **estaria, até o final do processo, considerada a fase recursal, compelido a realizar o reexame da prisão preventiva a cada 90 dias.**

É que, no caso, faltarão ao juiz a competência legal/funcional para poder reexaminar a decisão que decretou a prisão preventiva. Os autos sequer estariam tramitando na Vara para que pudesse proferir alguma decisão.

E sendo certo que o processo estaria submetido a competência da instância recursal, a atuação do juiz de primeiro grau implicaria grave usurpação da competência do Tribunal.

Até mesmo o duplo grau de jurisdição estaria comprometido, porque a decisão que o juiz de primeiro grau tomasse em sede de revisão da preventiva não teria como ser revista no recurso de apelação já interposto.

A falta de técnica legislativa na criação desse dispositivo compromete, a mais não poder, a sua validade em face dos princípios constitucionais.

Viola, assim, o princípio do devido processo legal, considerada a atribuição equivocada de uma revisão de ordem de prisão a juiz que está destruído da competência legal/funcional que possui, em detrimento da competência funcional/hierárquica dos Tribunais.

IV – O prazo de 90 dias para o Juiz reexaminar a prisão preventiva não é peremptório. O seu vencimento não gera o direito da revogação da prisão, mas sim o de ser realizado o reexame de forma imediata e célere

A norma contida no parágrafo único do art. 316 do CPP estabeleceu ainda que a prisão preventiva poderá tornar-se ilegal se não for feita a revisão a cada 90 dias.

*Parágrafo único. **Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.***

É o que se pode depreender do texto, uma vez que o legislador fixou a obrigação ao juiz e estabeleceu, como consequência da inobservância do prazo, o fato de a prisão preventiva tornar-se ilegal.

Admita-se, por obséquio dialético, que essa consequência fosse necessária e automática. Que o juiz tivesse de considerar a prisão preventiva ilegal, apenas em razão do transcurso do prazo de 90 dias.

A ocorrência apenas desse fato não faria com que os requisitos contidos no decreto de prisão preventiva tivessem desaparecido.

Poderia o juiz, aí sim de forma imediata, proferir nova decisão decretando a prisão preventiva, tal como facultado no caput do art. 316 do CPP (“O juiz poderá, de ofício ... novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”).

Com efeito, o direito que foi concedido ao preso preventivamente não é o de ser colocado em liberdade, após o transcurso de 90 dias, por força da ausência da revisão do decreto de prisão preventiva, mas sim o de ter esse ato jurisdicional revisto e reexaminado.

Não é por outra razão que a maioria dos tribunais nacionais tem afirmado e reafirmado que **esse prazo não é peremptório e que precisa ser interpretado com observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**, como se colhe do seguinte precedente do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA COM OBSERVÂNCIA DO RISTJ E DO CPC. ATO COATOR: DECISÃO SINGULAR DE DESEMBARGADOR DA INSTÂNCIA DE ORIGEM. INDEFERIMENTO DA LIMINAR. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA OU ILEGALIDADE MANIFESTA QUE AUTORIZA A RELATIVIZAÇÃO DA DIRETRIZ DA SÚMULA 691 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(...)

5. Ora, no que tange ao aventado excesso de prazo para a formação da culpa, cumpre lembrar que a Constituição Federal, no art. 5º, inciso LXXVIII, prescreve: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. **No entanto, essa garantia deve ser compatibilizada com outras de igual estatura constitucional, como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório que, da mesma forma, precisam ser assegurados às partes no curso do processo. Mencione-se, por outro lado, que, com o fim de assegurar que a prisão não se estenda por período superior ao necessário, configurando verdadeiro cumprimento antecipado da pena, a alteração promovida pela Lei nº 13.964/19 ao art. 316 do Código Penal, estabeleceu que o magistrado revisará a cada 90 dias a necessidade da manutenção da prisão, mediante decisão fundamentada, sob pena de tornar a prisão ilegal. Necessário, porém, considerar que, cumprido tal requisito, eventual constrangimento ilegal por excesso de prazo não resulta de um critério aritmético, mas de uma aferição realizada pelo julgador, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade**, levando em conta as peculiaridades do caso concreto, de modo a evitar retardo abusivo e injustificado na prestação jurisdicional. (...)

9. Não se vislumbra, portanto, ser o caso de atuação prematura desta Corte, para analisar eventual constrangimento ilegal não demonstrado *primo ictu oculi*. Sem a manifestação do Tribunal a quo, o STJ fica impedido de apreciar o alegado constrangimento ilegal, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância. 10. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 587.582/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 25/08/2020)

Não é possível aceitar, assim, a interpretação dada ao parágrafo único do art. 316 do CPP, de que o vencimento do prazo de 90 dias da prisão preventiva acarreta a sua imediata revogação.

A ilegalidade resultante da omissão do juiz há de conferir ao preso o direito de obter a revisão do decreto de prisão preventiva e não a sua revogação.

Somente assim **os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade** serão observados, conforme assentado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao afirmar que “***eventual constrangimento ilegal por excesso de prazo não resulta de um critério aritmético, mas de uma aferição realizada pelo julgador, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando em conta as peculiaridades do caso concreto, de modo a evitar retardo abusivo e injustificado na prestação jurisdicional.***”

V – A legitimidade da AMB para defender o regular funcionamento do Poder Judiciário

A legitimidade ativa *ad causam* da autora decorre do art. 103, IX, da Constituição Federal, e do art. 2º, IX, da Lei 9.868/99, que autoriza a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por “entidade de classe de âmbito nacional”.

Nesse sentido, a autora representa, em âmbito nacional, a classe dos magistrados brasileiros e apresenta, dentre os seus objetivos institucionais, tanto a defesa dos direitos da classe dos magistrados, como a defesa dos interesses difusos relacionados ao regular funcionamento do Poder Judiciário.

Acresce que as interpretações que têm sido dadas ao parágrafo único do art. 316 do CPP, de impor aos Tribunais a revisão a cada 90 dias da prisão preventiva ou mesmo de determinar-se a imediata soltura do réu, pelo fato de não ter havido a revisão da prisão preventiva, criam uma disfunção no âmbito do Poder Judiciário, de sorte a minar o seu regular funcionamento, conforme assinalado pela 5ª Turma do STJ:

(...) 5. Em complementação, ressalta-se que **a observância da referida norma pelos Tribunais de Justiça e Federais**, quando em atuação como órgãos revisores (grau recursal), **inviabilizaria sobremaneira o trabalho das Cortes de Justiça, cuja jurisdição abrange inúmeras Varas e Comarcas em todo o país**. Outra questão de ordem prática seria a dificuldade de o Tribunal recursal se manter atualizado sobre a situação do réu, ao tempo do julgamento do pedido de reavaliação, devido ao distanciamento das Varas e Comarcas de origem, o que poderia ocasionar uma apreciação equivocada sobre a necessidade da prisão cautelar. Por exemplo, a fuga do estabelecimento prisional - fundamento bastante para a manutenção do encarceramento provisório - poderia ser informada tardiamente ao Desembargador relator. (...)

7. Portanto, **a norma contida no parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal não se aplica aos Tribunais de Justiça e Federais**, quando em atuação como órgão revisor.

8. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 569.701/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 17/06/2020)

A jurisprudência já assentou como uma das hipóteses de cabimento da ADI a de realizar a defesa do regular funcionamento do Poder Judiciário:

“EMENTA: MEDIDA LIMINAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DE SANTA CATARINA: § 2º DO ART. 45: REDAÇÃO ALTERADA PELA RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA Nº 062/95-TRT/SC: PROMOÇÃO POR ANTIGÜIDADE: JUIZ MAIS ANTIGO; VOTO SECRETO. PRELIMINAR: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB; LEGITIMIDADE ATIVA; PERTINÊNCIA TEMÁTICA. DESPACHO CAUTELAR, PROFERIDO NO INÍCIO DAS FÉRIAS FORENSES, AD REFERENDUM DO PLENÁRIO (art. 21, IV e V do RISTF).

1. Preliminar: esta Corte já sedimentou, em sede de controle normativo abstrato, o entendimento da pertinência temática relativamente à legitimidade da Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB, **admitindo que sua atividade associativa nacional busca realizar o propósito de aperfeiçoar e defender o funcionamento do Poder Judiciário, não se limitando a matérias de interesse corporativo** (ADI nº 1.127-8).”

(STF, Pleno, ADI-MC nº 1303, Ministro Maurício Corrêa, DJ. 01.09.00)

No caso, está presente não apenas a legitimidade como também a pertinência temática, já que a autora está questionando lei federal de âmbito nacional que está afetando, a mais não poder, o regular funcionamento do Poder Judiciário.

VI – Medida cautelar necessária

Conforme restou amplamente demonstrado, (a) tanto a imposição aos juízes de primeiro grau da obrigação de realizar a revisão de atos já submetidos à revisão das instancias recursais, (b) como a imposição aos Tribunais de observância do parágrafo único do art. 316 do CPP em grau recursal, (c) como a imposição de decretação de liberdade do réu em razão da mero vencimento do prazo de 90 dias, **estão prejudicando o regular funcionamento do Poder Judiciário e afetando a sua credibilidade como Poder que deve preservar a paz social**.

É de toda a conveniência o deferimento do pedido de medida cautelar para assentar a interpretação conforme reclamada (**restringir a aplicação do parágrafo único** do art. 316 do CPP **ao juiz que tiver decretado a prisão provisória** na fase de conhecimento da ação penal **até o exaurimento da sua jurisdição**, vale dizer, até a prolação da sentença, e afastar a imediata liberação do preso em decorrência da não observância do prazo de 90 dias).

A hipótese é clara de aplicação até mesmo subsidiária ao processo de controle concentrado de constitucionalidade, da regra do CPC pertinente às tutelas de evidência e de urgência.

Tutela de evidência porque a violação da constituição é flagrante, literal e manifesta pelas interpretações equivocadas que têm sido dadas ao parágrafo único do art. 316 do CPP. Tutela de urgência porque não se pode admitir que prossiga a imposição aos juízes, quando não possuem mais competência legal/funcional e aos Tribunais de revisão das prisões preventivas a cada 90 dias, assim como a decretação de liberdade de presos pelo mero descumprimento desse prazo.

Diante do exposto, requer a AMB que o Ministro designado relator **submeta ao plenário virtual ou em videoconferência, imediatamente, o presente pedido de cautelar**, para que essa Corte **confira interpretação conforme à Constituição Federal ao parágrafo único do art. 316 do CPP, suspendendo toda e qualquer interpretação** diversa da sufragada pelo STJ e pelo TJSP nos precedentes indicados (HC n. 569.701/SP, Min. Ribeiro Dantas, HC n. 588.134/SP, Min. Joel Ilan Paciornik, HC n. 589.544/SC, Min. Laurita Vaz e HC n. 2192176-74.2020.8.26.0000, Desemb. Grassi Neto), **restringindo, portanto, sua aplicação** ao juiz que tiver decretado a prisão preventiva na fase de investigação e de processamento da ação penal (fase de conhecimento) **até o exaurimento da sua jurisdição**, vale dizer, até a prolação da sentença, e sem possibilidade de se conceder, automaticamente, a revogação da prisão preventiva, pelo simples vencimento do prazo de 90 dias, **até o julgamento final da ação**.

VII – Pedido final

Deferida a medida cautelar e ouvido (a) o Congresso Nacional, por meio do seu Presidente, (b) o Presidente da República, (c) a Advocacia Geral da União e o (d) Procurador Geral da República, requer a autora que esse eg. Supremo Tribunal Federal julgue procedente o presente pedido para conferir **interpretação conforme à Constituição Federal ao parágrafo único do art. 316 do CPP, vedando toda e qualquer interpretação** diversa da sufragada pelo STJ e pelo TJSP nos precedentes indicados (HC n. 569.701/SP, Min. Ribeiro Dantas, HC n. 588.134/SP, Min. Joel Ilan Paciornik, HC n. 589.544/SC, Min. Laurita Vaz e HC n. 2192176-74.2020.8.26.0000, Desemb. Grassi Neto), **restringindo, portanto, sua aplicação** ao juiz que tiver decretado a prisão preventiva na fase de investigação e de processamento da ação penal (fase de conhecimento) **até o exaurimento da sua jurisdição**, vale dizer, até a prolação da sentença, e sem possibilidade de se conceder, automaticamente, a revogação da prisão preventiva, pelo simples vencimento do prazo de 90 dias.

Dá-se à causa o valor de R\$ 100,00.

Brasília, 14 de outubro de 2020.



Alberto Pavie Ribeiro
(OAB-DF, nº 7.077)

(AMB-STF-ADI-CPP-316-Inicial)